✠

P O R

Don Carlos Ignacio Coloma, Marques del Espinar.

C O N

Don Sancho de Fonseca, marido y conjunta persona de Doña Maria Coloma.

1 *Pretende el Marques del Esprinar, que se ha de reuocar la sentencia de remate contra el dada, por el Consejo Real de las Ordenes, por veinte y tres mil trecientos y diez y nueue reales, de resto de vn legado de quatro mil ducados, que mandò por Clausula de su testamento doña Maria Coloma, Marquesa de Flores de Auila a la dicha doña Maria Coloma su sobrina, y muger del dicho don Sãcho de Fonseca.*

2 PARA calificacion de la pretension del Marques del Espinar, se hazen en el hecho los supuestos siguientes.

3 Primò, que en el testamento, y vltima voluntad con q̃ muriò la dicha Marquesa de Flores de Auila, dexò por vsufructuario de todos sus bienes y hazienda a don Pedro de Zuñiga Cabeça de Vaca su marido: y despues de sus dias, llamò y dexò por heredero de la propriedad dellos, al señor dõ Carlos Coloma su hermano, del Consejo de Estado de su Magestad, como parece de la misma Clausula, que es como se sigue.

CLAVSVLA.

4 *Y Despues de cumplido este mi testamento, y lo en el contenido, en la forma, y a los plazos en el contenidos, en el remanente de mis bienes, nombro, y instituyo por mi vniuersal heredero, a don Pedro de Zuñiga Cabeça de Vaca mi señor y marido: y quiero los aya, y goze por sus dias, que suplico yo a Dios nuestro Señor sean muy largos, y muy dichosos. Y despues dellos, quiero los aya y herede, el señor don Carlos Coloma mi hermano.*

5 Secundò, que en la clausula del testamẽto, en que la dicha Marquesa de Flores mandò el legado de los quatro mil ducados a la dicha doña Maria Coloma su sobrina para ayuda de su casamiento; dispuso expressamente, que los pagasse el dicho dõ Pedro de Zuñiga su marido, como se reconoce de la misma Clausula, que es la siguiente.

CLAVSVLA.

6 *ITEN mando a Doña Maria Coloma mi sobrina, a quien yo he criado, quatro mil ducados, para ayuda de su casamiento: y si fuere Monja, ò muriere antes de casarse, se den para el dicho efeto a otra de las hijas de la señora doña Isabel de Saà mi hermana, la que su merced escogiere, ò nombrare, en vida, ò en muerte. Los quales pague don Pedro mi señor, dẽtro de dos años, despues que la hija que huuiere la dicha manda, se huuiere casado: y cumpla con pagarlos en dineros, ò en hazienda libre, que los valga, ò en joyas: ò fundando por ellos juro, abonado, y seguro, a razon de a veinte, como su Señoria escogiere.*

7 Tertiò se supone por hecho llano, y que resulta por informacion que està en los autos, y cõfession del mismo don Sancho de Fonseca, que desde que se casò el suso dicho con doña Maria Coloma su muger, y desde dos años despues de casado hasta el de treinta y seis, en que intentò cobrar del señor don Carlos Coloma, y del

del Marques del Espinar su hijo los quatro mil ducados de dicho legado, passaron mas de diez años.

8 Quartò, que el Marques del Espinar no entrò en los bienes de la herencia de la Marquesa de Flores, que heredò el dicho señor don Carlos Coloma, como heredero del susodicho, ni con otro titulo lucratiuo, sino como marido y conjunta persona de la Marquesa su muger, en virtud de dos clausulas de capitulaciones matrimoniales, por las quales el dicho señor D. Carlos Coloma, en orden a que se efectuasse el casamiento que el dicho Marques del Espinar su hijo contraxo con la dicha Marquesa, le ofrecio todo lo que le tocasse de la herencia de la Marquesa de Flores de Auila, assegurando, que sacadas las mãdas, llegaua a veinte mil ducados. Consta de las mismas clausulas que estan en los autos, pieç. 1. fol. 66. B. que son las siguientes.

Clausulas de las capitulaciones matrimoniales, celebradas, para que se efetuasse el casamiento entre los Marqueses del Espinar.

9 *ITEN ofrece en el dicho nombre al dicho señor D. Carlos Ignacio Coloma, en contemplacion deste matrimonio, toda la herencia que al dicho señor don Carlos Coloma le toca, y heredò de la señora doña Maria Coloma su hermana, Marquesa de Flores de Auila, en virtud del testamẽto que la dicha señora Marquesa otorgo por ante Iuã de Cãpillo Escriuano publico de la villa de Madrid, que inclusas las arras de la dicha señora Marquesa mõta treinta y dos mil ducados, y sacadas las mãdas, y obras pias, quedan limpios al pie de veinte mil ducados, los quales por tener vsufructo en ellos el señor Marques de Flores para durante su vida, se cobraran despues de sus dias*

10 *Iten se capitula, que los dichos veinte mil ducados, o lo que se cobrare de la dicha herencia de la dicha señora Marquesa de Flores de Auila, han de ser, y son para comprar*

prar renta en aumento de la Casa de la dicha señora doña Maria Polonia: y si de lo procedido de la dicha herencia no huuiere harto dinero para comprar mil ducados de renta, a razon de a veinte mil el millar, se obliga en nombre del dicho señor don Carlos Coloma, de dar en dinero de contado lo que faltare a la primera requisicion q̃ se le hiziere para que sea cumplida la dicha rẽta, la qual como se ha dicho ha de quedar para aumẽto de la Casa de la dicha señora D. Maria Polonia, y para el hijo, o hijos q̃ Dios le diere deste matrimonio, a disposicion de entrãbos los dichos señores, ò del sobreuiuiente, en caso que juntos en vida no huuieren hecho la dicha disposicion.

11 Quibus suppositis se fundaràn tres articulos, de q̃ resultarà la reuocacion de dicha sentencia de remate. En el vno se ajustarà, que el legado de que se trata, le deuiò precisamente pagar don Pedro de Zuñiga, Marques de Flores de Auila, vsufructuario de la herencia de la Marquesa su muger, y que no ay fundamento legal para que le pudiesse pedir, ni cobrar don Sancho de Fonseca del señor don Carlos Coloma, padre del Marques del Espinar, ni del dicho Marques su hijo. En el otro, que quãdo contra el señor don Carlos Coloma, ò contra su hijo el Marques del Espinar compitiera via executiua en fuerça del dicho legado, esta se prescribiò por auer passado mas de diez años sin auerla intẽtado. En el tercero, que quando el señor don Carlos Coloma fuera el obligado a la paga deste legado, como heredero de la propriedad de la herencia de la Marquesa de Flores, y no estuuiera prescripta la via executiua, dicha via executiua no compete, ni puede competir contra el Marques del Espinar, que no es heredero del dicho don Carlos Coloma su padre, ni possee los bienes de la herencia de la Marquesa de Flores por titulo lucratiuo, sino oneroso.

Arti-

4-7-8

Articulus primus.

Que la paga del legado de que se trata, tocò precisamente à don Pedro de Zuñiga, Marques de Flores de Auila, vsufructuario de los bienes, y herẽcia de la Marquesa de Flores su muger, y no al señor don Carlos Coloma, heredero de la propiedad della, ni al Marques del Espinar su hijo.

12 INstò el Abogado de don Sancho de Fonseca a la vista deste pleyto, en prouar, que el legado tiene via executiua: y si bien Alex. en la l. si cum dotem, §. eo tẽpore, ff. solut. mat. Dec. Menoch. y otros lleuaron q̃ no, reconocemos que la contraria es la mas verdadera, y recibida en practica (si bien preparada con precepto de soluendo) por el authent. de hæredibus, & falcidia, §. illud, col. 1. adonde lo sintiò asi Accursio, verbo, *Decreto*, & apertius Angelus num. 57. cũ pluribus, quos refert Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. p. 1. §. 9. num. 2. De manera, que en esta parte vamos conformes.

13 La dificultad està en ver, contra quien compete esta via executiua: y en esta parte es sin disputa, que auiendo quedado por vsufructuario de todos los bienes y herencia de la Marquesa de Flores don Pedro de Zuñiga Cabeça de Vaca su marido, y nominadamẽte grauado a la paga deste legado, como parece por la clausuula referida sup. num. ibi: *Los quales pague don Pedro mi señor dentro de dos años despues que la hija que huuiere la dicha manda se huuiere casado.* A el toca precisamente la paga del legado, y no al señor don Carlos Coloma, heredero de la propriedad de dicha herencia. Nam quantumcumque certum sit, quod legata relicta ab instituto censeantur repetita per substitutum, ex l. licet Imperator. ff. legat. 1. Y que la carga de los legados regulariter sea del heredero de la pro-

priedad, no del vsufructuario, iuxta doctrinã Bart. in l. fin. num. 6. ff. vsufructu legato, quæ est communis opinio secundum Guilliermum Benedict. in cap. Rainuntius, verbo, Cætera bona, num. 44. de testament. cum vulgarib. Esto tiene vna limitacion textual, y recibida de Bart. y de todos los Doctores, y es quando el testador declara, tacita, o expressamente, quien aya de pagar el legado, an institutus, vel substitutus? an vsufructuarius, vel proprietatis hæres? quia tunc ille, & non iste, soluere debet legatum, l. si plures, ff. legat. 3. ibi: *Itaque si quis vellit non omnes hæredes legatorũ præstatione onerare, sed aliquem ex his nominatim damnare debet*, notat glos. ver. *Debet*, ibi: *Et tenẽtur illi, & nõ alij*, l. nominatim, ff. eod. tit. l. celsus, aliàs pater meus, §. quod alicuius, ff. legat. 2. l. 1. §. id quod, ff. ad legem falcid. & ibi Bart. notat quod ea quæ ex substitutione cohæredis instituti, ad cohæredem pertinent proficiũt legatarijs, nisi à tali hærede nominatim data sint, idem Bart. in d. l. licet Imperator. num. 4. ibi: *Primò casu aut fuerunt relicta nominatim nomine proprio, & non vidẽtur repetita*, textus in l. Turpia 54. §. si pars, ff. de legat. 1. l. si hæredes 124. ff. eodem titul.

14 Sic in indiuidualibus terminis Anton. Gom. tom. 1. var. cap. 12. num. 36. in hæc verba, ibi: *An, & quando legata relicta ab instituto, debeãtur à substituto; in quo articulo magistraliter, & resolutiuè dico, quod regulariter, & in dubio semper videntur repetita, & debentur à substituto, modo sit substitutio vulgaris, modo pupillaris, modo fideicommissaria, text. capital. & expressus in l. licet Imperator. ff. legat. 1. l. si Titio, & Mæuio, §. Iulianus. ff. legat. 2. textus in l. cum pater, §. ab instituto eod. tit. l. quidam referunt, ff. iure codicil. text. in l. 1. §. fin. cum leg. sequenti, ff. ad Trebel. textus in l. non iustam, C. ad Trebel. Quod intellige, nisi ex volũtate defuncti contrarium appareat expressè, vel tacitè dicitur tacite apparere, quãdo diuersa res relinquitur, & legatur*

ab

ab instituto, & diuersa à substituto eidem legatario. Item quando nomine proprio fuerunt relicta ab instituto, ex l. si plures ff. legat. 3. cum plurib. alijs quæ ibi ponderat.

15 Castillo lib. 1. de vsufructu cap. 58 nu. 19. ibi: *Sic & è contra vsufructuarius omnium bonorum simplicia etiã legata, vel vnica soluere tenetur, atque reliqua onera hæreditaria subire, cum ita ex mente, & voluntate testatoris colligitur.*

16 Y Menoch. cons. 115. lib. 2. auiendo ponderado en el num. 9. deste consejo, quod onus soluendi legata spectet ad hæredem, non autem ad vsufructuarium, y referido la resolucion comun de qua testatur dominus Præsidens Couar. lib. 2. variar. cap. 2. nu. 7. en el num. 10. responde a la dicha ponderacion, in hæc verba, ibi: *Siquidem respondeo vsufructuarium omnium bonorum teneri soluere legata, & reliqua onera hæreditaria, cũ ita mentis testatoris est, id quod in specie responderunt Socin. Iun. cons. 106. num. 16. & num. 18. lib. 1. Crau. cons. 187. num. 4. Quod autem in nostro casu hæc fuerit mens testatricis satis constat ex verbis huius testamenti.* Vbi loqui videtur Menoch. deste legado en que la testadora, satis declarauit ex verbis testamenti, que era su voluntad, que le pagasse don Pedro de Zuñiga, con palabras tan claras como las de la clausula referida, en la qual, y en la misma oracion seguida y continuada, auiẽdo mandado dichos quatro mil ducados para ayuda del casamiento de doña Maria Coloma, y que si fuesse Monja, se diessen a otra de las hijas de doña Isabel de Saa su hermana de la testadora, prosigue, in hæc verba, ibi: *Los quales pague don Pedro de Zuñiga mi señor dentro de dos años, &c.* De manera, que podemos afirmar (sub censura) quod totum ius assistit a la pretension del Marques del Espinar, y excluye la de don Sancho de Fonseca, ansi contra el señor don Carlos Coloma, y los bienes, y hazienda que dexò, como contra el

Marques

Marques del Espinar, respeto de que la testadora nò quiso grauarles a ellos, sino al dicho don Pedro de Zuñiga, vsufructuario, a quien mandò expressamente, que pagasse este legado: y si el no le pagò, auiendo gozado del vsufructo de vna herencia tan grãde mas de veinte años, podrà la legataria recurrir cõtra sus herederos.

17 Y para que se reconozca ex abundanti, quan euidẽte fue la voluntad de la Marquesa de Flores, en orden a que este legado le pagasse don Pedro de Zuñiga su marido, a quien dexaua por vsufructuario de todos sus bienes, y con quanta claridad procedio en las disposiciones y clausulas de su testamento, se aduierte: que auiendo dexado otra manda, para que se fundasse vna Capellania de dozientos ducados de renta en el Conuento de las Carmelitas Descalças de Salamanca; esta que quiso que no la pagasse el dicho don Pedro de Zuñiga en sus dias, sino que fuesse carga del heredero de la propriedad, lo declarò, ad notata per Surd. cõs. 466. num. 8. Gratian. discept. Forens. 650. num. 50. como se vè por la siguiente clausula.

CLAVSVLA.

18 *ITEM declaro, que las mandas que en este testamento lleuo mandadas, para el remedio de las personas a quien se hazen, de casamiento, ò de ser Monjas, se den, y paguen quando las tales personas se huuieren de casar, ò entrar en Religion: y declaro, que muriendo antes de tomar estado de casadas, ò Religiosas, las herede don Pedro mi señor.* Y luego prosigue: *Y en quanto a la mãda de la fundacion de la Capellania de las Descalças, quiero que se cumpla despues de los dias de don Pedro de Zuñiga mi señor, que ha de gozar de mis bienes por sus dias, y durante ellos, cumpla su señoria con mandar dezir vna Missa cada dia por mi anima, y mis obligaciones.*

19 De manera, que no solo por la clausula del legado de que se trata, declarò expressamente la testadora, que

le

le auia de pagar don Pedro de Zuñiga su marido, sino que por segunda clausula declara ansimismo, que las mandas que en su testamento lleua mandadas, para remedio de las personas a quien se hazen, para casarse, ò ser Monjas (vna de las quales es la presente) se den, y paguen quando las tales personas se casen, ò entren en Religion: pero que la manda de la fundacion de la Capellania se cumpla despues de sus dias. Con que se reconoce, quod per repetitas clausulas, & dispositiones, quę ostendunt enixam voluntatem testatricis, ex leg. Ballista, ff. ad Trebell. quiso que el legado de los quatro mil ducados, le pagasse don Pedro de Zuñiga su marido, como expressamente lo repite: y en lo que quiso lo contrario, que fue en la dicha fundacion, declarò ser su voluntad, que se cumpliesse despues de los dias del susodicho, à qua voluntate testatricis quæ est conformis dispositioni iuris, nullo modo recedi potest, cum faciat formam, & conditionem, ex Bald. in cap. cum in veteri in princip. col. 1. de elect. Tiraquel in l. si vnquā, verbo, Libertis, num. 52. C. de reuocand. donat. Gutier. latissimè in repet. leg. nemo potest, ff. leg. 1.

20 Item para que no quede sombra de duda, dize la clausula proxima, que muriendo las legatarias antes de casarse, ò entrar en Religion, las herede el dicho don Pedro de Zuñiga: luego bien supone la testadora, que el grauamen de pagarlas es del susodicho: porque aliàs no podia llegar el caso de que las heredasse, respeto de que si la carga de pagar dichos legados fuera del señor dō Carlos Coloma heredero de la propriedad, llegaria el caso de hazer esta paga despues de la muerte del dicho don Pedro de Zuñiga, que era el vsufructuario por sus dias, ac proinde, nunca podia darse caso en que heredasse de las legatarias la cantidad deste legado, como dize la clausula: y no auemos de dar, que la testadora hizo disposicion que no podia llegar a executarse, ex doctri-

na Bart.in l.40.num.4.ff. de pactis, Felin. decis. 131. part.3.

21 Esta verdad se reconociò por D. Sãcho de Fõseca, y por el dicho dõ Pedro de Zuñiga, Marques de Flores, la obligacion de pagar este legado, supuesto que en vida del mismo Marques, començò a cobrar del, don Sancho de Fonseca, y el Marques por quenta del mismo legado començò a pagar, como lo està confessando en el pleyto el dicho don Sancho, y es conclusion assentada en derecho, quod soluens partem debiti, totum debitũ agnoscit, & quod poterit compelli ad residui solutionẽ, authẽtica, sed cum testator, C. ad leg. falcid. DD. in l. cũ fidem, C. non numer. pecunia, & in l. 2. C. quod metus causa, Natta cons. 77. part. 1. num. 7. cum pluribus ibi. Con que por todos caminos se desvanece la pretensiõ del dicho don Sancho de Fonseca.

22 Representose a la vista deste pleyto, conjeturando (contra vna verdad tan manifiesta, y que resulta con tã ta euidencia de las clausulas referidas) que no quiso la testadora grauar en la paga deste legado a don Pedro de Zuñiga su marido, respeto de que pudiera auer muerto dentro de vn año despues que muriò la susodicha, y que no valiendo el vsufructo de la herencia la cantidad del legado, no estaua obligado a la paga del, ex leg. vlt. §. sin autem, C. bonisque liberis.

23 Porque se responde, que este legado fuit relictum a doña Maria Coloma, sobrina de la testadora, puellæ nõdũ nubilis ætatis, y adhuc cõ ser ansi, preuino la testa dora la dificultad q̃ se põdera por conjetura en contrario, q̃ fue; no querer q̃ luego que se casasse pagasse dicho don Pedro los quatro mil ducados, sino dos años despues de auerse casado la susodicha: de que tambien sacamos conjetura, de que quiso que el susodicho pagasse este legado, pues le manda pagar en tiempo que ya huuiesse gozado del vsufruto, y validole lo bastante para cumplir con la paga del.

Y en

24 Y en los terminos deste pleyto, estamos fuera de toda duda, pues el Marques de Flores vsufructuario, gozò mas de veinte años del vsufructo de la herencia, que importò en ellos mucho mas de veinte mil ducados, y esto no se niega, ni puede negar por la parte contraria. Ex quibus resultat, que no solo en via executiua, pero en ordinaria, no tiene sombra de justicia don Sancho de Fonseca para cobrar este legado del señor don Carlos Coloma, heredero de la propriedad de la herēcia de la Marquesa de Flores, y mucho menos del Marques del Espinar, quanto quiera q̄ fuesse (que no es) heredero del dicho señor don Carlos Coloma su padre, y cōtra quien podrà seguir su justicia, es cōtra los herederos del dicho Marques de Flores, segun queda dicho.

25 Con lo que solidamente queda assentado en el primer articulo desta informacion, no teniamos (salua dignissima censura) necessidad de passar a otro ninguno. Porque siendo como es verdad, que el señor don Carlos Coloma, heredero de la propriedad de la herencia de la Marquesa de Flores, no fue el grauado a la paga deste legado, sino don Pedro de Zuñiga Cabeça de Vaca, vsufructuario della, no ay (como queda dicho) entrada contra el Marques del Espinar su hijo. Pero quando todo lo dicho cessara, quod negamus, y que la obligacion de pagarle huuiera sido del señor don Carlos Coloma, està prescripta la via executiua, itaque, no puede suscitarse, vt constabit ex articulo sequenti.

Articulus secundus.

Que la via executiua por este legado està prescripta.

26 LA justificacion deste segundo articulo resulta del hecho verdadero deste pleyto, respeto de que la via executiua por este legado se intentò por el año de 636. y consta que desde los dos años cumplidos, despues de ca

sada

sada la legataria (que es desde quando pudo executar el legado, y quando la testadora mandò que se le pagasse, como queda assentado por la clausula del dicho legado, ibi: *Dentro de dos años, despues que la hija que huuiere la dicha manda se huuiere casado*) passaron mas de diez años, con lo qual, segun la ley 6. tit. 15. lib. 4. recopil. quedò prescripta la via executiua, Parlad. lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 11. num. 1. & §. 12. num. 3. Valençuel. Velasq. tom. 2. consil. 112. num. 1. cum pluribus ibi. Y esta excepcion de prescripcion es tã precisa, quod etiam non oposita, iudex ex officio debet executionem denegare, Roderic. Suar. in l. post rem, §. sexto principaliter num. 1 ibi: *Sit ergo cautus iudex coram quo petitur executio instrumenti, vt si viderit ex eius data decennium esse decursum, non mandet illud executioni, sed faciat aduersarium citare, vt veniat ad allegandum de iure suo.*

27 No duda en el hecho la parte de don Sancho de Fõseca, ni de que passaron mas de los diez años desde que pudo pedir este legado, pero valese, de que hasta el año de 636. no huuo capacidad en este credito para que pudiesse prescribirse, respeto de que no auia via executiua que prescribir, hasta que con el precepto de soluendo quedò preparada, el qual se proueyò dicho año de 636. Y para seguir este dictamen puso exemplo en la escritura priuada reconocida en juyzio, que como no compitiò via executiua hasta el reconocimiento, ita no pudo començar a correr la prescripcion hasta entonces.

28 Sed fallitur, porque en el mismo exemplar referido, resueluen lo contrario los autores, porque como estuuo en mano de la parte el hazer executiua la cedula, pidiendo que se reconociesse, ab isto tempore currit præscriptio, non à die recognitionis, Valençuel. Velazquez consil. 112. part. 2. num. 2. & 3. ibi: *Quod vt currant decem anni, non est necessarium expectare tempus recognitionis apocæ, seu scripturæ priuatæ, prout petiyt.*

elapsis

elapsis decem annis, dictus Petrus de Vrgenio, in cuius facultate extitit petere, quam primum, quod consignaretur sibi mandatum, & ideo debet sibi imputare, cur in tempore legitimo non petijt recognitionem fieri. Curia Philip. tom. 1. part. 2. iudicij ciuilis, §. 1. num. 5. Adonde auiendo dicho, que el derecho de executar por instrumento ò cedula priuada se prescribe por diez años cumplidos desde el dia que el plazo, o la condicion de la deuda se cumpliò, añade lo siguiente, ibi: *Sin que obste, que hasta auer reconocimiento no se tiene derecho executiuo, y no le teniendo, no puede correr su prescripcion, pues fue por culpa del acreedor el no hazer el instrumento executiuo, y assi se le impute,* Azeued. in d. l. 6. tit. 15. lib. 4. recopil. à num. 7. vsque ad num. 14. Adonde auiendo disputado esta questiõ, à quo tẽpore currat prescriptio decẽ annorum respectu scripturæ priuatæ, an à die solutionis, iã lapso, vel a die recognitionis, queda con la resolucion que currit à die solutionis faciẽdę. Y en el n. 12. satisfaze a la ponderacion contraria, in hæc verba, ibi: *Quam tenendo non obstant pro prima opinione adducta, nam licet ius executiuum priuatæ scripturæ competat à die recognitionis factæ, ea tamen recognitione facta retrotrahitur ad tempus, & diem celebrati cõtractus, & hæc retrotractio fit in præiudicium creditoris negligentis petere debitum.* Et ibi: *Et cum ad tempus illud retrotrahatur, ab inde numerandum est deceniũm, & sic à die quo potuit creditor instrumento illo vti. & non à die recognitionis imputet enim sibi creditor qui negligens fuit in petendo.*

29 De que resulta, que el mismo exemplar de que se vale la parte de don Sancho de Fonseca, le està condenando, segun el sentir verdadero de los Autores del Reyno, ac proinde, caso que contra el Marques del Espinar, ò su padre, pro dicto legato competeret via executiua, auiendola podido preparar don Sancho de Fonseca con el precepto de soluendo, luego que passaron

 los

induze ex mala fide, in qua remanet soluẽs partem debiti, Balb. de præscript. 3. p. q. 7. n. 3. & seq. Abb. cons. 19. col. 2. vers. Ex tertio, lib. 2. Y no auiendo començado a pagar el Marques del Espinar, ni su padre, no pudieron tener, ni quedar en esta mala fee respectu residui. Y finalmente, seria ocasionar por este camino muchas fraudes, pues prescripta ya vna via executiua, con dezir la parte acreedora, que auia començado a cobrar de vn quidam, la interrumpiera. Ademas, que no consta de diligencia ninguna judicial, hecha para la dicha cobrança pendente præscriptione, & vt notat Parlador. libr. 1. rerum quotid. cap. 1. §. 14. n. 4. & 5. per extraiudicialem interpellationem interruptio huiusmodi præscriptionis non fit, docet Ias. in l. fin. ff. de eo per quem factum erit, num. 5. Tiraq. de retractu conuentional. §. 4. gloss. 6. num. 38.

32 Menos fundamenro tiene el dezir, que el Marques del Espinar reconociò deuer dicha cantidad, y se allano a pagarla con los bienes de la herencia: de que se induze, que quando estuuiera prescripta la via executiua, por el dicho reconocimiento se auia suscitado el derecho de executar, ex notat. per Parlad. d. lib. 1. capit. 1. num. 11. & 12.

33 Porque se responde, que la peticion en que se dize, que el Marques se allanò a pagar este legado con los bienes de la herencia, fue insistiendo siempre en dicha peticion, que no deuia pagarle, y que en caso que la paga del le tocara, y se le pudiera pedir, cumplia con consignar bienes de la herencia, que es cosa tan distinta como se reconoce; y en todas quantas peticiones estan dadas por el Marques del Espinar, està alegado, q̃ la paga deste legado no le toca, y que le deuio pagar el Marques de Flores de Auila, vsufructuario de la herẽcia de la Marquesa de Flores su muger, y que la desfrutò veinte y mas años: y que quando esto cessara, estaua pres-

los dos años despues de casado: no auiendolo hecho, y passadose mas de diez despues, sin auerla pedido, remāsit præscripta via executiua, imputet enim sibi creditor, qui negligēs fuit in petēdo, vt ex proximè traditis.

30 Tambien se pretendio a la vista deste pleito euadir don Sancho de Fonseca de la prescripcion, con afirmar, que por quēta deste legado auia cobrado del Marques de Flores de Auila vna partida de quinientos ducados, y que sus testamentarios del mismo Marques le pagaron otra de quinze mil y tantos reales: de que induze, que auiendose pagado parte de la deuda, se interrumpiò la prescripcion en lo restante, ex notatis per DD. in leg. cum fidem, C. non numer. pecun. Parlad lib. 1. rer. quotid. cap. 1. §. 13. num. 18.

31 Porque se responde con vn argumento. O el Marques de Flores, que pagò los quinientos ducados por quenta deste legado, y sus testamentarios por el los otros quinze mil y tantos reales, era deudor del, ò no lo era, ni le deuia pagar. Si era deudor deste legado, por cuya quenta se pagò aquella cantidad, corre llanamente la doctrina referida, de que la prescripcion quedò interrumpida in residuo legati. Pero esto se entiende respeto del que pagò, y en esta forma procede dicha doctrina, notant DD. in leg. cum notissimi, §. imò, & §. sed si quis cum ibi notatis, C. præscriptione triginta, vel quadrag. annor. Roman. cons. 195. n. 4. vers. Præmissis tamen. Tusch. verb. Solutio, conclus. 343. n. 7. At verò, si el Marques no estaua obligado a pagar este legado, y que el obligado era el Marques del Espinar, ò el señor don Carlos Coloma su padre, no se les pudo prejudicar con aquellas, ni con otras ningunas pagas que se hiziessen sin orden, ni poder del dicho Marques del Espinar, ni del dicho su padre, ni interrumpir la prescripcion que en su fauor auia començado a correr. La razon es euidente: porque la interrupcion se indu-

prescripta la via executiua, y otras excepciones que consta por dichas peticiones. Y el allanamiento, y reconocimiento para parar perjuyzio executiuo, auia, y ha de ser llano, claro, y no con las protestas dichas, ex notatis per DD. in l. 5. titul. 21. lib. 4. recopil.

34 Sed ex abundanti, adhuc que post præscriptam viam executiuam la parte de don Sancho de Fonseca huuiera pedido en juyzio, que el Marques del Espinar jurasse, y declarasse, si deuia este legado (lo qual no es cierto, ni la parte de don Sancho lo pidiò, ni el Marques declarò tal cosa) adhuc iuxta tenorem resolutionis ab omnibus pene receptam, non suscitaretur via executiua, Auend. 1. part. cap. 20. per totum, num. 11. Curia Philip. 2. part. iudicij ciuilis, §. 1. numer. 6. Azeued. in dict. leg. 6. tit. 15. lib. 4. Recopilat. n. 40. & 41. in hæc verba, ibi: *Pro cõplemento huius nostræ cõclusionis, & in ea dicendorum, vt ad secundum nostri textus partem, & conclusionem deueniamus, quærendum est, nũquid si ius executiuũ ex instrumento publico guarentigio resultans præscriptum sit, vel itidem ex priuato, per lapsum decennij, possit peti, vt recognoscatur instrumentum illud publicum, & quod confiteatur pars debitũ ibidem contentum, adhuc deberi per confitentem ipsum, in virtute huius recognitionis, & confessionis poterit executio per debito illo peti, & fieri, non obstante quod ius executiuum ex instrumento illo publico, vel priuato resultans, per lapsum decennij præscriptum sit? & videtur dicendum, quod sic vtpote quia confessio, vt in leg. 5. tit. 21. huius nostri libri probatur paratam, habet executionem, & erit hæc optima cautela, vt executio locum habeat, provt in expressis terminis voluit tenere Didacus Perez, Gutier. Castillo, & alij. Ego tamen Silua eorum pace semper tenui, & teneo cõtrarium, imo quod virtute dictæ talis confessionis hac cautela à debitore extortæ executio non habeat locum, tum & quia lex nostra*

strà de nihilo seruiret, & faciliter eius dispositio elidi posset, tum etiam, quia qui non potest conueniri, non præiudicat sibi recognoscendo, secundùm Bald. relatum, & secutum per Auend. in cap. 30. per totum, n. 11. in princip. & num. 12. in princip. vbicumq. ergo; sed debitor iste virtute istius instrumenti publici, vel priuati via executiua conueniri non potest, quia ius executiuũ ex illis procedens præscriptum est per lapsum decennij, ergo & si recognoscatur, & cõfiteatur in iudicio debitum, non ob hoc ius executiuum iam præscriptum suscitari potest, nam cum recognitio hæc, & confessio referat se ad instrumentum illud, non debet esse maior ius in termino referente, quam in eo ad quem fit relatio. sed eadem, secundũ text. in l. si prior, ff. solut. mat. quem comẽdat in hoc Ias. in l. qui sic stipulatur, fol. 78. ff. verbor. oblig. sed in ipso instrumento non est via executiua; ergo neque in recognitione, & confessione de eo facta debet adesse. Neque obstat fundamentum primæ opinionis, &c. De manera, que ni huuo allanamiento del Marques en orden a pagar este legado con los bienes de la herencia, que pueda perjudicarle, ni precedio pedimiento de don Sãcho de Fonseca, para que declarasse si deuia la cantidad deste legado, ni el Marques reconociò tal; ni quando huuiera auido el allanamiento y reconocimiento que põdera la otra parte, suscitaua la via executiua, ex proximè dictis, & hæc pro secundo articulo.

Articulus tertius.

Que quando cessara lo resuelto en vno, y otro articulo, aun entonces no puede competir via executiua contra el Marques del Espinar.

44 ESta via executiua se ha seguido contra el Marques del Espinar, por dezir, que possee los bienes de la he-

 rencia

rencia, que heredò el señor don Carlos Coloma su padre por el testamento de la Marquesa de Flores, hermana del dicho señor don Carlos Coloma, de los quales pretende don Sancho se ha de pagar este legado: pero hase de reparar, que el Marques del Espinar no entrò en los bienes de dicha herencia, como heredero de su padre (que no lo es) ni por titulo lucratiuo, sino que entrò en ellos por titulo oneroso, como marido, y conjũta persona de la Marquesa su muger, en virtud de las clausulas, y capitulos matrimoniales que quedan referidos supr. num. por los quales por via de contrato, y para que se efectuase el casamiento que hizo el Marques del Espinar con la Marquesa su muger, ofreciò los bienes de la herencia de la Marquesa de Flores el dicho don Carlos Coloma, para que con lo procedido dellos se comprasse renta en fauor de la dicha Marquesa, para aumento de su Casa. Demanera, q̃ fue vna donacion hecha ob causam matrimonij per contractum: y es conclusion cierta, que contra possessorem bonorum hæreditatis ex causa onerosa, non competit actio creditoribus hæreditarijs, sino que compete contra el que los vendiò, o donò ex contractu, q̃ fue el señor dõ Carlos Coloma, o sus herederos, y bienes de su herencia, in subsidiũ verò contra possessorem bonorum dictorum, l. 2. C. hæreditate, vel actione vendita, vbi notant Doctores Parlador. lib. 2. rer. quotidian. cap. fin. 4. part. §. 2. nu. 5. ibi: *Porro contra emptorem hæreditatis executio non datur, nisi quando venditor non est soluendo, l. 2. C. hæredit. vel act. vend. l. planè num. 97. § si quis rogatus, ff. leg. 1. l. 2. C. pactis, vbi Ias. & reliqui effusius rem agitant, idem in donatario probare videtur, l. hæreditatem, ff. donationibus, tradit Decius. cons. 237. num. 6. vol. 2. & communem testatur Benedictus in cap. Raynuntius, verbo, Cætera bona, num. 46. & sequent. Couar. lib. 2. variar.*

variar.cap.2.num.4. Guid.decis.105. Aduersus eum quoque executionem locum non habere placuit, Aufrerio in Cappella Tolosan.quæst.386.& Abb.cons.102.lib. 2.Curia Philip.2.part.tom.1.§.10.num.7.ibi: *Contra el comprador de toda la herencia, no ha lugar execucion, sino es quando del vendedor della no se puede cobrar la deuda. Y lo mismo se entiende contra el donatario de todos los bienes de la herencia, sino es que el donador no dexò otro ningũ heredero, q̃ entonces ha lugar la execuciõ cõtra el, segũ Parlad.* At in casu præsenti, el Marques del Espinar no se halla heredero de su padre, antes tiene repudiada su herẽcia: y ay muchos herederos del señor don Carlos Coloma, contra los quales, ni contra los bienes de la herencia que dexò el susodicho no se hizo excusion, ni diligencia alguna: con lo qual, de ninguna manera puede auer lugar la via executiua cõtra el Marques, como posseedor de dichos bienes donados en fauor de la Marquesa su muger, ob causam onerosam matrimonij.

45 Esto procede con mayor euidencia, supuesto, que la donacion que hizo el señor don Carlos Coloma en fauor de la Marquesa del Espinar ob matrimonij contrahendi causam, no fue de todos bienes, sino solo de los que le pertenecian de la herencia de la Marquesa de Flores, y todos los demas que tenia los han heredado los demas hijos que aceptaron su herencia, excepto el Marques, ad notata per DD. in d.l.2. Parlad. loco supr.& per Boer.decis.204.

46 Y el quedar libre de los acreedores el vendedor, y que quede obligado a los creditos hereditarios el comprador de los bienes de la herencia, ò posseedor dellos ex titulo oneroso, es solo priuilegio del Fisco, ex l.1.C. hæredit.vel act.& vendit. vbi notant Bald. Salicetus, Paulus de Castro, & alij.

Tam-

47 Tãbien ſe ha querido ponderar por parte de don Sancho de Fonſeca, que la donacion que hizo el ſeñor don Carlos Coloma de la herencia de la Marqueſa de Flores en los capitulos matrimoniales celebrados entre los Marqueſes del Eſpinar, fue con calidad de la paga de las mandas, y obras pias, y para eſto ſe haze põderacion de las palabras de las clauſula, y capitulo matrimonial, en el qual haziendo eſtimacion de lo que valdrà la herencia, dize, que ſacadas las mandas, y obras pias, quedaràn limpios al pie de 20ӯ. ducados.

48 A eſto ſe reſponde, que el dezir en dicha clauſula: y ſacadas las mandas, y obras pias, quedaràn limpios al pie de 20ӯ. ducados, fue para tantear la herencia, rebaxando algunas mandas que la teſtadora mandò expreſſamente que ſe cumplieſſen deſpues de los dias del dicho don Pedro de Zuñiga ſu marido, como ſon, vna en fauor de las Deſcalças Carmelitas, de 200. ducados de renta, para la fundacion de vna memoria. Otra de 6ӯ. mr̃s de renta en cada vn año para la Sacriſtia del Conuẽto de S. Aguſtin, y tres lamparas de plata, que mandò ſe dieſſen, las dos al Conuẽto de ſan Aguſtin, de 2ӯ. reales de valor, y otra de 100. ducados, al Monaſterio de las Virtudes. Pero no aquellas que mandò la teſtadora pagar preciſamente al dicho don Pedro, vna de las quales es la deſte legado de quatro mil ducados, ibi: *Los quales pague dõ Pedro de Zuñiga mi ſeñor dos años deſpues que la hija que huuiere la dicha manda ſe huuiere caſado,* A demas que reconociendo el miſmo ſeñor don Carlos Coloma, q̃ el valor de la dicha herencia no ſe ajuſtò legitimamẽte, y q̃ no llegaria con mucho a los 20ӯ. ducados q̃ refiriò en dicha clauſula, valdria. Por otra clauſula ſiguiente ſe obliga, que lo que faltare para cumplimiento de los dichos 20ӯ. ducados, lo darà en dineros de contado; de que reſulta, que no ſolo en la ſuſtancia,

pero

pero ni en lo aparente ay color de justicia en ninguno de los fundamentos, y ponderaciones que se hazen por la parte de don Sancho de Fonseca.

49 Vltimame,ntepro complemento del agrauio que resulta contra el Marques del Espinar de la sentencia de remate, en que se le condena a que pague la cantidad porque se trauò la execucion, y que para ello se vendan los bienes executados. Se representa, que quando para la paga deste legado no fuera grauado nominadamente don Pedro de Zuñiga (como lo fue) ni estuuiera como està prescripta la via executiua, y que esta via executiua compitiera contra el Marques del Espinar, adhuc no se le podia grauar en fuerça de la clausula deste legado, a q̃ le pagasse en dinero efectiuo, sino que cũplia con pagarle a su eleccion, ò en dineros, ò hazienda que valga la cantidad, ò en joyas, ò fundado por ellos juro, que fue la formalidad con que se le grauò a don Pedro de Zuñiga, ibi: *Los quales pague don Pedro mi señor, y cumpla con pagarlos en dinero, ò hazienda libre que los valga, ò en joyas, ò fundando por ellos juro abonado y seguro, a razon de a veinte, como su señoria escogiere.* De suerte, que aunque el mismo don Pedro de Zuñiga, grauado nominadamente a la paga deste legado, fuera el que litigara, no se le podia obligar a mas de lo que dispuso la testadora, que era dandole elecciõ para pagar en la forma que reza la clausula: quomodo ergo se le puede obligar al Marques del Espinar, a q̃ pague este legado, no tocádole a el la paga; y q̃ quando le tocara, y por el huuiera via executiua contra el Marques, està prescripta per transcursum decennij: y q̃ quãdo lo vno, y lo otro cessara, no compete contra el, como posseedor de los bienes de la herẽcia de la Marquesa de Flores, sin hazer excusion en los bienes que quedaron por fin, y muerte del señor don Carlos Coloma, donante, y contra sus herederos, por ser como

es el dicho Marques possedor ex titulo, & contractu oneroso. Y demas desto contra el tenor de la misma clausula, mandarle pagar el legado sobre que se litiga, en dinero efectiuo, y que para ello se le vendan sus bienes. Ex quibus omnibus dictam sententiam reuocandam speramus. Salua in omnibus, &c.

El Licenciado don Luis de la Palma y Freytes.